



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Marcos Antônio Paes Rezende

Análise da Constitucionalidade da Lei Federal 12.234/2010

Brasília
2014

Marcos Antônio Paes Rezende

Análise da Constitucionalidade da Lei Federal 12.234/2010

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito
como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro

Brasília
2014



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

FOLHA DE APROVAÇÃO

Autor: Marcos Antônio Paes Rezende

Título:

Trabalho de conclusão de curso submetido à Comissão Examinadora designada pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Trabalho de conclusão de curso aprovado em: ____/____/ 2014.

Aprovado por:

Prof. Dr. Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro
Orientador

Marcelo Turbay Freiria

Rafael de Deus Garcia

Resumo

Este trabalho busca fazer uma análise da constitucionalidade da Lei Federal nº 12.234/2010, que eliminou parcialmente o instituto da prescrição retroativa no Direito Penal, mais especificamente sobre a denominada prescrição retroativa.

A prescrição retroativa foi primeiramente uma construção jurisprudencial e foi positivada com a reforma do Código Penal de 1984. Este direito foi bastante limitado com a edição da Lei nº 12.234/2010 e seria extinto de acordo com o projeto do Novo Código Penal, que está em tramitação no Senado Federal. A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica, com base no direito penal de Cezar Roberto Bitencourt e do professor Gilmar Mendes na matéria constitucional. Também será realizada uma análise o processo legislativo que originou a Lei nº 12/234/2010 O objetivo deste trabalho é demonstrar que a prescrição retroativa é uma consequência lógica de alguns direitos fundamentais previstos na Constituição da República. Portanto as alterações promovidas pela Lei nº 12.234/2010 e a almejada pelo projeto do novo Código Penal seriam inconstitucionais por violarem alguns direitos básicos com o direito a duração razoável do processo, o princípio da individualização da pena além de outros direitos humanos. Para chegar a essa conclusão foram analisados os textos da Constituição e do Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, além do processo legislativo que criou a Lei nº 12.234 e o projeto do Novo Código Penal. Além disso, foram obtidos dados de relatórios da Anistia Internacional e da ENASP (Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública) que foram confrontados com os argumentos levantados pelos legisladores durante a elaboração das leis em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição penal. Prescrição retroativa. Direitos humanos.

Abstract

This work aims to analyze the constitutionality of the Federal Law No. 12,234 / 2010 , which partially eliminated the retroactive prescription Institute on Criminal Law, more specifically on the so-called retroactive prescription. The retroactive prescription was primarily a judicial construction and as later put on the Brazilian Penal Code with the reform of the Penal Code of 1984. The prescription was very limited with the enactment of Law number 12.234 / 2010 and would be terminated in accordance with the project of the New Penal Code, which is under debate in the Senate. The legislative process that led to Law No. 12/234/2010, will also will be analyzed The objective of this work is to demonstrate that the retroactive clause is a logical consequence of some fundamental rights under the Constitution. So the changes introduced by Law 12,234/2010 and desired by the new project Criminal Code would be unconstitutional because they violate some basic rights as the right to reasonable length of proceedings, the principle of individualization of punishment and other human rights. In reaching this conclusion we analyzed the texts of the Constitution and the Pact of San Jose , Costa Rica , of which Brazil is a signatory, in addition to the legislative process that created the 12,234 law and the project of the New Criminal Code . In addition, reporting data were obtained from Amnesty International and ENASP (National Strategy for Justice and Public Security) that were faced with the arguments raised by legislators during the preparation of the laws involved .

KEYWORDS: Criminal Prescription. Retroactive prescription. Human rights.

Sumário

1	Introdução	6
2	A prescrição	10
2.1	A prescrição como consequência da dignidade da pessoa humana	11
2.2	A prescrição no direito penal brasileiro	13
2.3	Teorias Justificadoras da Prescrição Penal	15
2.4	A prescrição em abstrato e em concreto	18
3	O processo legislativo da Lei Federal nº 12.234/2010	21
3.1	Processo legislativo na Câmara dos Deputados	21
3.2	A tramitação no Senado	25
3.3	Apreciação da Câmara as emendas realizadas no Senado	27
4	Argumentos para inconstitucionalidade	29
4.1	A violação de garantias fundamentais	29
4.2	Violação do princípio da individualização da pena	33
4.3	Violação ao princípio da isonomia	36
5	A prescrição retroativa no projeto do “Novo Código Penal”	41
6	Conclusão	43
	Referências	45

1 Introdução

O interesse por este tema surgiu da análise de alguns casos reais na disciplina de Estágio III¹ da Faculdade de Direito da UnB. Nos casos abordados na disciplina não era incomum a fase do inquérito policial se estender por muito tempo. Tanto tempo que quando fixada a pena haveria, ou pelo menos deveria haver, a prescrição da punibilidade. Ocorre que uma alteração recente, realizada em 2012, no Código Penal exclui prescrição em concreto no intervalo entre a data da consumação do crime e a do recebimento da denúncia. O período em que ocorre o inquérito policial passa a ser regido apenas pela prescrição em abstrato, que nunca é inferior a prescrição em concreto.

Sob o atual sistema normativo é possível que um indivíduo possa ser condenado, com uma pena relativamente pequena, e eventualmente ir preso por um período curto, muito tempo após o fato por ele praticado. Por exemplo, na hipótese do crime de peculato (crime previsto no artigo 312 do código penal), sem outras condições gerais de aumento ou diminuição de pena, o criminoso tem como pena a reclusão de dois a doze anos. Se na sentença o juiz entender que a pena adequada é de dois anos. Nesta situação hipotética entre a data da consumação do crime e do recebimento da denúncia poderão ter passado 16 anos. Entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença poderá ter passado mais 4 anos e, da mesma maneira mais 4 anos entre a sentença e o acórdão condenatório. Nesse caso específico poderiam se passar até 24 anos entre a consumação do crime até a condenação em segunda instância, sendo que a pena seria de apenas de dois anos. A aplicação da pena nestes casos não traria nenhum benefício para a sociedade e além de ser injusta com a pessoa do condenado. Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 984):

Em se tratando de condenação, força é convir que o longo lapso de tempo decorrido, sem que o réu haja praticado outro delito, está a indicar que, por si mesmo, ele foi capaz de alcançar o fim que a pena tem em vista, que é o de sua readaptação ou reajustamento social.

¹ A disciplina de Estágio III é a disciplina obrigatória onde os alunos de direito da UnB têm contato com casos e processos reais na esfera penal. Nesta disciplina, os estudantes, supervisionados por professores, participam da defesa de réus sujeitos ao Tribunal do Júri.

Caso o condenado volte a delinquir, o decurso do tempo não terá sido capaz de regenerá-lo. Nossa legislação penal estava ciente disso, ao afirmar que o prazo da prescrição da pretensão executória interrompe-se pela reincidência (art. 117, VI, do CP).

A ocorrência da prescrição significa que o Estado perde seu direito de punir, em face do não exercício da pretensão punitiva no prazo adequado. A prescrição visa evitar a eternização da persecução penal, garantir a duração razoável do processo previsto no artigo 5º, LXXVIII da Constituição de 88, e também nos artigos sobre o direito à liberdade pessoal (7º) e das garantias judiciais (8º) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido também como Pacto de San José da Costa Rica além de respeitar a dignidade humana entre outros direitos.

Como exceção à regra da prescrição a Constituição prevê em seu artigo 5º, incisos XLII e XLIV², situações onde não ocorre a prescrição penal.

Seria arbitrário demais esperar que o acusado fique eternamente a disposição da vontade punitiva do Estado, por isso as situações de imprescritibilidade devem ser interpretadas de maneira restrita. O suspeito não pode ser prejudicado pela demora Estatal em providenciar o julgamento. Em casos extremos, o sistema atual permite que um indivíduo possa ser condenado, após dez anos de inquérito policial, em uma pena pequena.

No Brasil o reconhecimento da prescrição em concreto (ou retroativa) teve início com a súmula nº 146³ do Supremo Tribunal Federal (STF) editada em 1961. Já em 1963, o Ministro Vitor Nunes Leal reconhece, em um julgamento de *Habeas Corpus*, a necessidade de se considerar o tempo entre o fato e a denúncia no cálculo da prescrição. Esse era o posicionamento do STF e na reforma do Código Penal realizada em 1984 o entendimento foi positivado no Código Penal.

² XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

³ Súmula 146: A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada, quando não há recurso da acusação

A previsão da prescrição retroativa foi retirada do Código Penal com a Lei Federal nº 12.234/10. Esta alteração violaria os direitos fundamentais e constitucionais, a pretexto de combater a impunidade. Na justificativa da proposta de lei⁴, o autor da proposição reconhece que muitas vezes o Estado e a polícia são ineficientes em promover rapidamente a investigação e a proposição da respectiva ação penal. No entanto sua proposta para evitar a impunidade não é equipar e tornar mais eficiente a atuação do Estado, mas sim tomar a rota simples de suprimir um direito do cidadão e continuar com um aparelho estatal pouco eficiente. Neste cenário, a Polícia e Ministério Público podem retardar a propositura da ação por 20 anos sem ocorrer a prescrição. A utilização de prazos diferentes na prescrição da consumação do crime até o recebimento da denúncia (prescrição em abstrato) e do recebimento da denúncia até a sentença (prescrição retroativa) como consequência da retroatividade somente até a denúncia deixa o sistema penal sujeito a arbitrariedades.

A regência inicial baseada na prescrição in abstracto, isto é, com base na pena máxima cominada, deve-se exclusivamente à inexistência de elementos para a individualização da pena, in concreto, que demanda a existência do devido processo legal. Encontrada a pena aplicável, evidentemente, será ela o parâmetro para o exame da incidência da prescrição em todo o seu percurso, sendo vedada a supressão de qualquer de suas fases, antes ou depois do recebimento da denúncia. Aliás, essa é a pena justa de que falava Von Liszt, qual seja, a pena necessária e suficiente para a prevenção e repressão do crime, individualizada nos termos do art. 59 e seguintes do Código Penal brasileiro. **O objetivo da prescrição pela pena in concreto é compatibilizar a extinção da punibilidade com o grau de culpabilidade do autor e, por consequência, de reprovabilidade do comportamento do agente, devidamente reconhecido em sentença.**

Em outros termos, a prescrição retroativa é um corolário dos princípios da personalidade e da individualização da pena, além de demonstrar, in concreto, que é exatamente a sanção merecida desde o momento em que se consumou o fato delituoso (e não aquela abstratamente prevista na norma incriminadora, que apenas tem a função de estabelecer os limites, mínimo e máximo, dentro dos quais o magistrado deverá dosar a pena aplicável ao caso concreto). (BITENCOURT, 2012, p. 991, grifo nosso).

O objetivo desta monografia é analisar a constitucionalidade da prescrição

⁴ PROJETO DE LEI 1.383/2003 Sr. Antônio Carlos Biscaia (PT/RJ), disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=122756>

retroativa e se a Lei nº 12.234/10 promove alterações inconstitucionais devido à violação de princípios constitucionais como a razoável duração do processo, do princípio da proporcionalidade, do princípio da eficiência e do princípio da dignidade da pessoa humana. Para isso será analisado brevemente o instituto da prescrição no direito penal, a prescrição retroativa, nos moldes anteriores a Lei nº 12.234/10 e serão apresentados argumentos que defendem o direito a contagem do prazo prescricional em um momento anterior a denúncia.

2 A prescrição

A validade do direito no tempo não é eterna. Com raríssimas exceções existe um prazo para a efetivação do direito após o surgimento da pretensão. Especificamente no direito penal o Estado adquire o direito de punir⁵ o criminoso quando ocorre uma infração penal prevista em lei. A punibilidade deve ser exercida, mas algumas situações são causa da extinção da punibilidade o artigo 107 do Código Penal estabelece as situações em que o Estado não pode mais punir o delinquente. Entre elas estão a morte do agente, que obviamente não pode mais sofrer a punição, pois está morto; a anistia, graça ou indulto, em que resumidamente o Estado abre mão de exercer seu direito de punir; pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, que é uma consequência da aplicação da retroatividade lei mais benéfica prevista tanto no código penal⁶, como na Constituição⁷; a ocorrência da decadência nas ações penais privadas, ou públicas condicionadas, que ocorre quando o ofendido não realiza as medidas para instaurar o processo; a perempção, renúncia e perdão, além de hipóteses de retratação permitidas em alguns casos.

A prescrição em linhas gerais pode ser entendida como a perda do exercício do direito após um prazo estabelecido. Neste sentido autores como Didier, Fábio Ulhôa Coelho e Fernando Capez definem a prescrição como:

Já a prescrição é o encobrimento (ou extinção, na letra do art. 1 89 do CC) da eficácia de determinada pretensão (perda do poder de efetivar o direito a uma prestação), por não ter sido exercitada no prazo legal. Apesar de decorrer de uma inércia do titular do direito - também ato-fato lícito caducificante -, não conduz à perda de direitos, faculdades ou poderes (materiais ou processuais), como a preclusão e a decadência, mas, sim, ao encobrimento de sua eficácia, à neutralização da pretensão - obstando que o credor obtenha a satisfação da prestação almejada. (DIDIER, 2014, p. 337)

Fabio Ulhôa Coelho (2012, p.93) é bem sucinto e a define como “a perda do direito à pretensão pelo decurso do prazo para sua proposição”. Enquanto Fernando Capez a define como:

⁵ A pretensão punitiva do Estado muitas vezes é utilizada em sua expressão latina *ius puniendi*. Para maior clareza tentarei evitar ao máximo o uso de expressões em idiomas estrangeiros.

⁶ Previsto em Lei Art. 2º

⁷ Previsto no Art. 5º, XL

É a perda do direito poder-dever de punir do Estado em face do não exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo. O não exercício da pretensão punitiva acarreta a perda do direito de impor a sanção. (CAPEZ, 2012, p. 285)

2.1 A prescrição como consequência da dignidade da pessoa humana

A constituição moderna disciplina basicamente duas grandes matérias: a organização do Estado e os direitos e garantias fundamentais (MARTINS, 2012). Os direitos e garantias fundamentais têm como fundamento básico a dignidade de pessoa humana e são uma conquista histórica que remonta à Revolução Francesa.

Durante a Revolução Francesa, os chamados direitos humanos de primeira geração tomaram forma e abrangiam direitos aos cidadãos e o respectivo respeito por parte do Estado. Nestes direitos se incluem o direito a vida, liberdade, igualdade e propriedade. Os direitos fundamentais de primeira geração coincidem com o surgimento das primeiras constituições modernas.

Já no Século XX começam a ser amplamente reconhecidos os direitos fundamentais de segunda geração, complementares aos de primeira geração. Agora os direitos fundamentais supõem uma ação Estatal para sua implantação. São direitos como o direito a educação, saúde e trabalho. Nesta fase surge o chamado Estado Social, em que o Estado tem uma participação maior visando garantir os direitos da coletividade.

Os direitos de terceira geração começam a surgir após a Segunda Guerra Mundial e promovem uma ação conjunta entre a sociedade civil e o Estado com objetivos de garantir proteção e solidariedades prestadas em sentido amplo. Com a criação da ONU e sua atuação os direitos humanos tiveram sua aplicação bem ampliada.

Uma das facetas dos direitos fundamentais são os direitos fundamentais de caráter judicial e as garantias constitucionais do processo. Kriele destaca que:

Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a potestas desnuda, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um

poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo status jurídico seja respeitado pelo titular da competência. Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição. (KRIELE, 1980, p. 159-160, apud MENDES, 2012, p. 496).

Sob um aspecto processual, a dignidade da pessoa humana limita a ação jurisdicional do Estado. O cidadão não pode se tornar objeto do processo. A proteção judicial efetiva envolveria diversos fatores, todos centrados na dignidade da pessoa humana. Alguns elementos da prestação efetiva elencados por Mendes (2012) são o duplo grau de jurisdição, a duração razoável do processo, a publicidade do processo, a motivação das decisões judiciais.

Dentre estes elementos, Gilmar Mendes (2012) coloca a prescrição como uma garantia a duração razoável do processo. A duração razoável do processo engloba tanto o tempo mínimo do processo, para que possa haver uma defesa efetiva, como sua duração máxima. Ele afirma categoricamente que:

A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais. (MENDES, 2012, p.504).

Desta maneira o instituto da prescrição é uma medida que visa evitar a objetificação da pessoa humana. No caso do processo penal a hipótese da prescrição configura uma colisão entre o direito coletivo de ter as normas jurídicas aplicadas em face do direito individual a dignidade da pessoa humana. Nesta situação é importante não permitir que a limitação do direito fundamental individual não invada seu conteúdo essencial.

Para se alcançar a duração razoável do processo é necessário um planejamento estatal adequado e complexo, que vai desde um planejamento eficaz do sistema processual até a criação dos órgãos necessários e em número adequado. Mendes resume esta complexidade da seguinte maneira:

O assunto envolve temas complexos e pretensões variadas, como a modernização e simplificação do sistema processual, a criação de órgãos judiciais em número adequado e a própria modernização e

controle da prestação jurisdicional e de questões relacionadas à efetividade do acesso à justiça. (MENDES, 2012, p. 505).

Especificamente no processo penal, além dos órgãos judiciais, também é necessária a organização das polícias que desenvolvem a fase pré-processual (ou pré-judicial, caso se reconheça que, no inquérito policial, ocorre um processo administrativo).

2.2 A prescrição no direito penal brasileiro

No Direito Penal brasileiro a doutrina costuma dividir a prescrição em dois grandes institutos: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da prescrição executória. A prescrição da pretensão punitiva ainda sofre subdivisões referentes aos momentos em que serão aplicadas. O cerne da prescrição da pretensão punitiva é a perda do direito de processar e condenar, pelo processo penal, o cidadão que comete um crime. Por isso a prescrição da pretensão punitiva também é chamada, erroneamente de pretensão da ação penal, uma vez que a ação não prescreve, mas sim o direito que seria alcançado pela ação. Já o centro da pretensão executória é o direito do Estado de executar a pena. Por este motivo é necessário o trânsito em julgado da ação penal para iniciar-se o prazo para a prescrição executória.

Os efeitos da ocorrência de uma espécie ou outra de prescrição são distintos. A ocorrência da prescrição da pretensão punitiva equivale a não condenação do réu. Neste caso ele é considerado como inocente para todos os efeitos. Bitencourt (2012, p. 984) é claro ao afirmar que “a prescrição da pretensão punitiva só poderá ocorrer antes de a sentença penal transitar em julgado e tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime: é como se este nunca tivesse existido”.

Já a ocorrência da prescrição executória apenas impede que o condenado sofra a sanção a ele imposta, mas não extingue a condenação sofrida. Por exemplo, o réu pode se tornar reincidente, pois já foi condenado. Nos crimes onde for possível pode ainda a vítima executar a sentença penal na esfera cível, uma vez que a sentença penal é título executivo judicial. Bittencourt também é claro ao descrever os efeitos da prescrição executória:

O decurso do tempo sem o exercício da pretensão executória faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na condenação. Os efeitos dessa prescrição limitam-se à extinção da pena, permanecendo inatingidos todos os demais efeitos da condenação, penais e extrapenais. (BITENCOURT, 2012, p. 1002).

Os efeitos da prescrição da pretensão punitiva são bem delineados no seguinte julgado do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), (grifo nosso):

MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EFEITOS. REPERCUSSÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. FALTA ADMINISTRATIVA RESIDUAL. PENA DE DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. LEI Nº 8.112/91.

1. A incidência da prescrição da pretensão punitiva importa na rescisão da sentença condenatória, que não faz coisa julgada material, e na supressão de seus efeitos principais e acessórios, resultando, ainda, na perda do direito da ação cognitiva, pois extingue a pretensão do Estado em obter qualquer decisão a respeito do fato criminoso, não acarretando nenhuma responsabilidade para o acusado, tampouco marcando seus antecedentes ou gerando futura reincidência. Equivale, na verdade, à exata proclamação de inocência, pois são apagados os efeitos da sentença condenatória, como se jamais tivesse existido ou sido praticado o crime.

2. Em face da existência de falta administrativa residual (súm. 18/STF), na espécie, o art. 117, IX, da Lei nº 8.112/91, deve a prescrição regular-se pelo art. 142 daquele diploma legal, que prevê o prazo de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato, em face da extrema gravidade da pena de demissão. In casu, os fatos ocorreram em 11.09.90 e o processo administrativo foi iniciado em 10.06.99 (fls. 138), quando transcorridos mais de cinco anos. Ainda que o termo a quo seja o da ciência da Administração, incide a causa extintiva, pois consoante verifica-se da análise dos autos, o Ministério da Educação teve ciência dos fatos em 24.05.91, quando da resposta à correspondência enviada ao Ministro pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, encaminhando documentação referente ao enquadramento dos impetrantes, isso sem levar em consideração a divulgação pela imprensa (fls. 107) e a instauração de Inquérito Civil Público pelo Ministério Público Federal (fls. 112).

3. Segurança concedida para tornar sem efeito a cassação da aposentadoria de Alfeu Hermenegildo e determinar a reintegração dos demais impetrantes. (MS 6877/DF, Mandado de Segurança 2000/0027913-7, 3ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 21/5/2001)

Neste trabalho quando se mencionar o termo prescrição, sem especificar se trata-se da prescrição da pretensão punitiva ou executória, considere a prescrição

da pretensão punitiva. A Figura 1 permite visualização geral de quando cada espécie de prescrição é aplicável:

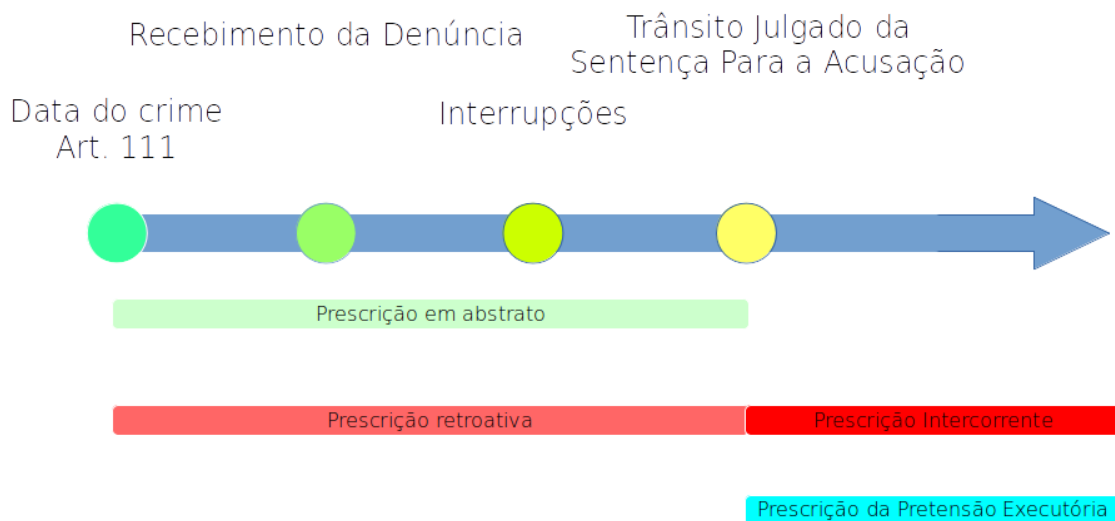


Figura 1 – Representação de cada tipo de prescrição. Fonte: Produção do próprio autor

2.3 Teorias Justificadoras da Prescrição Penal

A prescrição, no Direito Penal é suportada por diversas teorias, sendo que cada uma demonstra ou enfatiza um aspecto diferente que justificaria a prescrição. As principais teorias elencadas por Cezar Bitencourt (2012, p. 983) e Guilherme Nucci (2009, p. 548) são:

- a) teoria do esquecimento: um dos motivos para a intervenção penal é a de reprimir o acontecimento de novos crimes. Com o decurso do tempo a sociedade se esquece do crime que deveria ser punido e uma punição muito posterior não traria este efeito a sociedade, este tempo variaria de acordo com a gravidade do delito, nas palavras de Lopes Jr (2012, p. 780):

A prescrição atua como limite ao exercício do poder, mas, acima de tudo, porque existe um verdadeiro direito ao esquecimento. Mais, a prescrição é um esquecimento programado e necessário para o Direito. Com acerto, afirma OST [OST, François. O Tempo do Direito, p. 170] que o direito ao esquecimento surge como uma das múltiplas facetas do direito ao respeito da vida privada.

- b) teoria da emenda do delinquente: se o indivíduo que cometeu um crime consegue viver por muito tempo e é aceito pela sociedade o objetivo da pena, que é o de readaptar o criminoso na sociedade, já se realizou, não justificando a aplicação da pena;

- c) teoria do ônus do Estado: o Estado deve agir para providenciar a punição do criminoso. A observância dos prazos processuais e o respeito aos princípios constitucionais e de direitos humanos é um ônus estatal, não podendo o réu ser prejudicado pela omissão Estatal no exercício da pretensão punitiva;
- d) teoria da dispersão das provas: a produção de provas necessárias à condenação se torna mais difícil, nesta situação fática não fica clara suficiente, nem se torna possível de ser esclarecida num nível razoável. Tanto a acusação e a defesa seriam prejudicadas num eventual julgamento;
- e) teoria da expiação moral: com o passar no tempo a angústia sofrida pelo delinquente, que não pode ter uma vida normal seja pelo remorso de seus atos ou pela expectativa de ser processado e condenado a qualquer tempo já lhe é aflição suficiente e substituiria a pena imposta pelo Estado;
- f) teoria psicológica: com o decurso do tempo o modo de ser e pensar necessariamente muda. Com o passar do tempo a pessoa que cometeu o crime não “existe”, pelo menos da mesma maneira que era antes.⁸

A prescrição da pretensão punitiva ocorre quando o Estado não pode mais exercer seu direito de punir o infrator. O cálculo da prescrição no direito penal é relativamente complexo, pois existem dois prazos distintos: um que considera a pena máxima do crime, caso do prazo prescricional em abstrato, e outro individualizado, de acordo com a pena determinada na sentença, caso da prescrição retroativa e da prescrição executória. Ainda existem exceções à regra, como, por exemplo, crimes específicos em que, por determinação constitucional, não há a prescrição. Os crimes de racismo, decorrentes da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito são crimes imprescritíveis porque assim o constituinte originário determinou.

⁸ A famosa frase atribuída a Heráclito: “um homem não poderia banhar duas vezes no mesmo rio, porque o homem não mais seria o mesmo, nem o rio.” tem a mesma ideia desta teoria.

Quanto a seu termo inicial a prescrição começa a correr da data em que o crime se consumou, no dia em que se encerrou a atividade criminosa no caso de tentativa ou no dia em que cessou a permanência, no caso de crimes permanentes, ou ainda da data em que se tornou conhecido o fato, nos crimes de bigamia, falsificação ou alteração no assentamento do registro civil, na data em que a vítima de crime contra dignidade sexual completar 18 anos, exceto se respectiva ação penal já tiver sido proposta.

Após determinar o momento inicial da contagem do prazo da prescrição deve ser verificado quando, ou se, ocorreram os prazos de interrupção previstos no Art. 117 do Código Penal, a saber: o recebimento da denúncia ou queixa, a pronúncia, a decisão confirmatória da pronúncia, a publicação de sentença ou acórdão recorrível, pelo início ou continuação do cumprimento da pena e pela reincidência.

Para manter a proporcionalidade o prazo de prescrição é maior em crimes mais graves. O prazo de prescrição é estabelecido no artigo 109 do Código Penal e está consolidado no Quadro 1 a seguir:

Quadro 1- Prazo prescricional segundo Tempo de pena.

Tempo de pena	Prazo Prescricional
Não excede a 1 ano	3 anos ⁹
Superior a 1 e não excede a 2 anos	4 anos
Superior a 2 e não excede a 4 anos	8 anos
Superior a 4 e não excede a 8 anos	12 anos
Superior a 8 e não excede a 12 anos	16 anos
Superior a 12 anos	20 anos

Fonte: Produção do próprio autor.

Estes mesmo prazos podem ser visualizados na Figura 2.

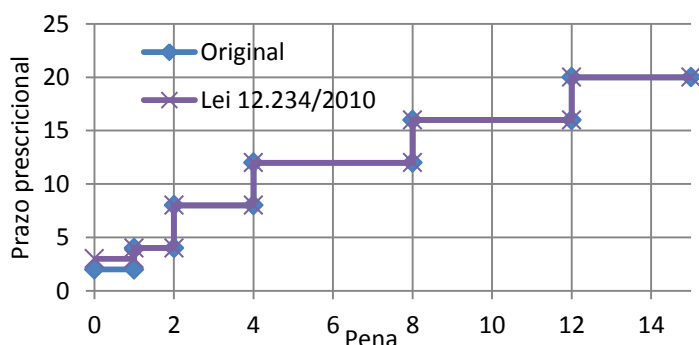


Figura 2 - Prazos prescricionais antes e após a Lei nº 12.234/2010. Fonte: Produção do próprio autor.

⁹ Alterado pela Lei nº 12.234/10, a mesma lei que será tratada num capítulo próprio.

Estes prazos prescricionais podem ainda ser alterados por situações específicas. Por exemplo, o prazo é majorado em 1/3(um terço) no caso de reincidência do réu e reduzido pela metade se, no momento do crime, o autor era menor de 21(vinte e um) anos ou maior de 70(setenta) anos.

2.4 A prescrição em abstrato e em concreto

Os prazos prescricionais são calculados com base na pena do acusado. Ocorre que, enquanto não existe uma pena fixada, para efeitos prescricionais, é considerada a pena máxima cominada ao crime. A prescrição da pretensão punitiva pode então ser analisada em dois momentos distintos. Enquanto a pena não foi determinada a prescrição é calculada tendo por base a pena máxima cominada ao crime. Esta é a chamada prescrição em abstrato, pois neste momento ainda não existe pena. Como, neste caso, a pena a ser considerada para a prescrição é a máxima admitida para o crime este prazo prescricional será necessariamente igual ou maior do que a prescrição obtida com a pena no caso concreto. Uma vez que a pena é fixada no curso do processo penal, a prescrição é obtida a partir da pena individualizada, está é a chamada prescrição em concreto. Fixada a pena pelo trânsito em julgado para a acusação da sentença condenatória a prescrição em concreto pode ser dividida em duas espécies: a retroativa e a intercorrente.

A utilização da prescrição retroativa é alvo de inúmeras discussões no cenário nacional. Desde que foi reconhecida pelo STF nos anos 60, foi alvo de movimentos para restringir seu alcance na década seguinte, mas foi positivada na revisão do código penal de 1984. Posteriormente ela foi limitada com a Lei nº 12.234/2010

A prescrição retroativa atinge o mesmo período da prescrição em abstrato, mas com a diferença de se considerar a pena definida na sentença condenatória ao invés da pena máxima. Uma vez determinada a pena, e conseqüentemente o prazo prescricional em concreto, é verificado se ocorreu a prescrição em algum momento do processo levando-se em consideração o prazo em concreto. Com a redação atual do Código Penal, a prescrição retroativa só é considerada a partir da denúncia, excluindo o prazo de investigação pré-processual. No entanto, na sua concepção pelo STF na Súmula 164 e na reforma penal de 1984 a prescrição retroativa alcançava também fase da investigação.

De maneira semelhante à prescrição retroativa, ocorre a chamada prescrição intercorrente ou subsequente. Ambas levam em consideração a pena já fixada, mas esta é aplicada para os momentos após a sentença condenatória, enquanto aquela é utilizada para um momento passado, quando a prescrição em abstrato foi utilizada por não haver uma pena determinada.

A Figura 3 demonstra quando se utiliza cada tipo de prescrição da pretensão punitiva do Estado.

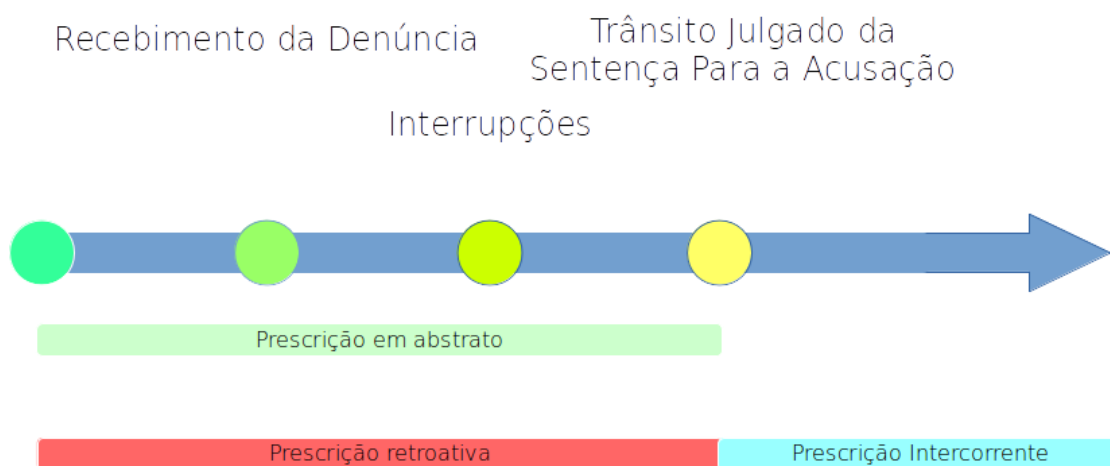


Figura 3 - Utilização dos tipos de prescrição da pretensão punitiva do Estado no sistema da reforma de 1984. Fonte: Produção do próprio autor.

Como a prescrição em abstrato leva em consideração a pena máxima, pode ocorrer do prazo prescricional em concreto ser inferior ao utilizado antes da fixação da pena. Em algumas situações o crime pode ser considerado prescrito com a apuração da pena e a utilização do prazo prescricional em concreto. Este é o cerne da prescrição retroativa.

Alguns autores discorrem sobre a possibilidade de uma eventual prescrição antecipada, ou também chamada de virtual¹⁰. Visando uma economia processual o juiz estimaria qual seria a pena aplicada concretamente no futuro para verificar a possibilidade do processo receber a sentença sem que ocorresse a prescrição. Este

¹⁰ Neste sentido são as seguintes decisões: TRF da 1ª Região, Apelação Criminal n. 2003.38.00.024599-9/MG, Rel. Des. Tourinho Neto, DJU 24-3-2006; TRF da 4ª Região, Inq n. 2000.04.01.117809-7, Rel. Des. Luiz Fernando Wowk Pentead, j. 16-6-2003; TRF da 4ª Região, RSE n. 1999.04.01.006707-0, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, DJU 7-2-2001

é um assunto muito polêmico, pois o juiz faria um pré-julgamento sem a devida ampla defesa e processo legal para verificar eventual penal ao acusado. Este procedimento também vai de encontro com a presunção de inocência do acusado, pois atribui uma pena antes da condenação. A virtual não é bem vista nos tribunais superiores, tanto que o STJ editou a sumula nº 438¹¹, que não reconhece a possibilidade da prescrição virtual.

A Lei nº 12.234/2010 trouxe alterações significativas sobre a abordagem da prescrição retroativa. No próximo capítulo será analisado o processo legislativo que culminou na promulgação da lei em questão, alterando o instituto da prescrição retroativa e o entendimento que vinha sendo aplicado desde a edição, pelo STF, da súmula 164.

¹¹ STJ Sumula 438: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

3 O processo legislativo da Lei Federal nº 12.234/2010

As alterações realizadas pela Lei nº 12.234/2010 trouxeram mudanças significativas no sistema da prescrição penal. Neste capítulo será analisada a tramitação do projeto de lei no Legislativo, o objetivo apresentado pelo autor e as diversas emendas recebidas.

3.1 Processo legislativo na Câmara dos Deputados

A Lei nº 12.234/2010 é de autoria do Deputado Antonio Biscaia do PT/RJ e teve como relator o Dep. Roberto Magalhães. Foi apresentado na Câmara dos Deputados como projeto de lei 1.383 do ano de 2003 e aprovado em 2010.

O objetivo do projeto de lei 1.383 era alterar os artigos 109 e 110 do Código Penal, de maneira a excluir o instituto da prescrição retroativa, (conforme se extrai do primeiro parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), que considera o projeto constitucional e jurídico e recomenda a aprovação¹²), pois a prescrição seria um instrumento de impunidade, e não um direito do acusado. Segundo este parecer, a exclusão da prescrição retroativa seria salutar para o processo, essa prescrição gera uma incerteza na fase processual que só será sanada na sentença, podendo tornar sem efeito uma sentença condenatória que estaria prescrita com a prolação da sentença. O arranjo prescricional seria conforme Figura 4.

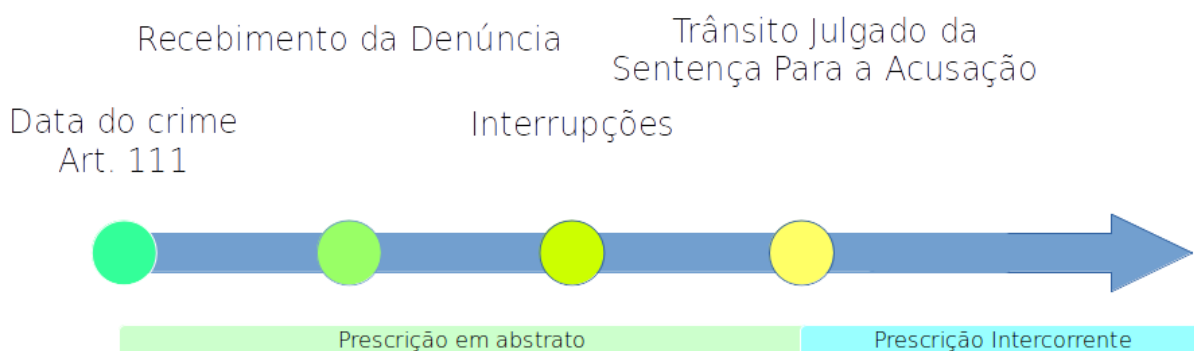


Figura 4 – Sistema prescricional proposto pelo projeto de lei 1.383/2003. Fonte: Produção do próprio autor.

¹² Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=310634&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+1383/2003.

Pelo projeto de lei o artigo 110 do Código Penal teria o seguinte paragrafo:

1. Art. 110 - [...]

Parágrafo único. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença (sic) ou do acórdão (BRASIL, 2003, p. 5).

O projeto recebeu algumas emendas de plenário e uma de redação na data de sua apreciação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. As emendas foram apresentadas num curto período entre os dias 1 de março e 06/03/2007.

A primeira emenda foi apresentada pelo Deputado Flávio Dino (PC do B/MA) e pretendia aumentar a prescrição mínima de dois para quatro anos, sob a justificativa de que a prescrição contribui para ausência de efetividade da Justiça Criminal e que um prazo mínimo maior seria mais efetivo. Posteriormente o mesmo deputado propôs a emenda nº 6, do mesmo deputado, propunha um prazo prescricional mínimo de três anos, ao invés dos quatro anos da emenda número 1.

A emenda nº 2, acordada por vários partidos, foi apresentada pelo Deputado Márcio França (Líder do Bloco PSB, PDT, PC do B, PMN PAN e PHS) e subscrita por vários deputados. Esta emenda, no mesmo teor da emenda 1, previa a elevação do patamar de 2 para 4anos. Além previa aumentos sucessivos até um máximo de quarenta anos, uma sugestão foi de duplicar todos os prazos prescricionais vigentes a época.

A emenda nº 3 também do Deputado Flávio Dino tem o mesmo efeito da emenda nº 1 do mesmo deputado, e previa a exclusão do então prazo de dois anos, além de revogar a prescrição retroativa.

A emenda nº 4 é a mais relevante, pois altera o sentido original do projeto, extinguindo a prescrição retroativa apenas para datas anteriores a denúncia ou queixa. Aqui é o único momento em que se justifica a existência da prescrição retroativa. O Autor, Deputado Fernando Coruja (PPS/SC), aponta que na redação proposta o benefício da prescrição seria retirado da defesa e mascararia a

ineficiência do Estado. O projeto de lei foi aprovado com a redação proposta nesta emenda.

A emenda nº 5 visava alterar apenas a redação do dispositivo do artigo 112, que marca o termo inicial para utilização da prescrição retroativa, mas como poderia causar conflito de interpretações, não foi aceita. Esta emenda foi apresentada pelo Deputado Guilherme Campos (PFL/SP).

Foi apresentada ainda uma emenda de redação ao projeto de lei para corrigir um aspecto formal, pois até então o projeto de lei não possuía ementa.

O deputado Roberto Magalhães (PFL/PE) foi o relator do parecer sobre as emendas apresentadas. Os Deputados entraram em um acordo de aprovar o projeto de lei no teor das emendas 4 e 6, que não eliminaria completamente a prescrição retroativa e de elevar o patamar mínimo do prazo prescricional para 3 anos. As emendas 1, 3 e 5 foram rejeitadas sem maiores justificativas. A justificativa para a rejeição emenda 2 foi breve, se limitando a dizer que: “Essa dosimetria que eleva tanto a pena é contrária à orientação da doutrina penal brasileira” (BRASIL, 2007a, p.4).

Todas as emendas ao projeto original podem ser visualizadas, nos seus efeitos quanto às alterações dos prazos prescricionais na Figura 5:

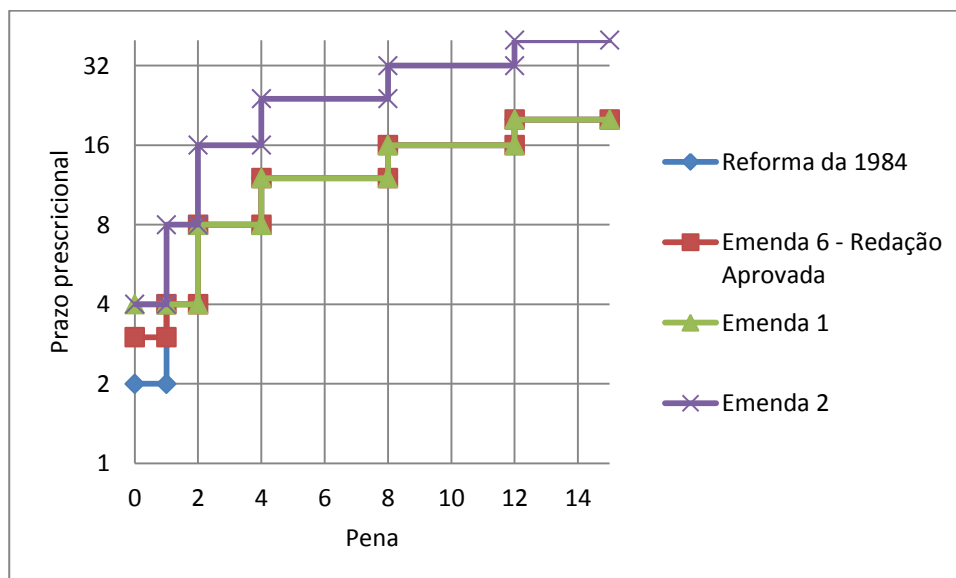


Figura 5 – Síntese dos prazos prescricionais discutidos no projeto de lei 1.383. Fonte: Produção do próprio autor.

No parecer, o relator se orgulha de defender mais uma vez um projeto moralizador. No parecer, a prescrição retroativa é apresentada como um atraso ao direito penal e a aprovação do projeto seria uma primeira vitória no combate a retroatividade da prescrição. O Brasil seria o único país com o instituto da prescrição retroativa. Este argumento levantado pelos deputados é uma falácia. É difícil comparar sistemas penais de diferentes países e associar o grau de desenvolvimento de uma nação. Primeiro porque cada nação tem suas peculiaridades e as normas jurídicas em geral não são exceção. Apenas para exemplificar no direito português a prescrição penal só é calculada sob o máximo previsto para pena (artigo 118 do código penal português), mas os prazos são menores do que os prazos brasileiros, variando de 2 a 15 anos. Na Itália também não há retroatividade, mas elementos como agravantes e atenuantes são levadas em consideração para a determinação da eventual pena máxima. Os prazos prescricionais italianos se aproximam mais dos brasileiros, variando de 2 a 20 anos (artigo 157 do código penal italiano). O sistema americano por outro lado é bem diferente dos anteriores, primeiro porque nos Estados Unidos os estados legislam em matéria penal, inclusive sobre os *statutes of limitation*, que regulam o prazo entre o crime e a eventual acusação. Outra importante diferença é a classificação dos crimes, que também varia de estado para estado. Mas crimes graves como homicídios não prescrevem em nenhum estado.¹³ E crimes leves (como a apropriação ou uso ilegal, temporário, de propriedade alheia) podendo ter um prazo prescricional de apenas 30 dias no estado do Alabama.

Sobre as eventuais diferenças nos sistemas penais e as escolhas de cada nação GOLDSCHMIDT já descreveu:

los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. (...) El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del derecho pasado al derecho del futuro. (GOLDSCHMIDT, [s.d.] apud: LOPES Jr., 2012, p. 123).

¹³ Existe uma compilação dos prazos de cada estado neste site: <http://criminal.findlaw.com/criminal-law-basics/time-limits-for-charges-state-criminal-statutes-of-limitations.html>

Reflexo da política “moralizadora” várias leis que transgridem diversos direitos humanos são propostas anualmente e eventualmente aprovadas. Apenas para ficar no direito penal há a constatação de que no Direito brasileiro o juiz tem um papel cada vez mais ativo no processo penal em geral e se afasta da posição de garantidor de direitos e assume um papel de supervisor da investigação¹⁴.

Após a tramitação na Câmara o projeto seguiu para o Senado com a proposta representada na Figura 6 seguinte:

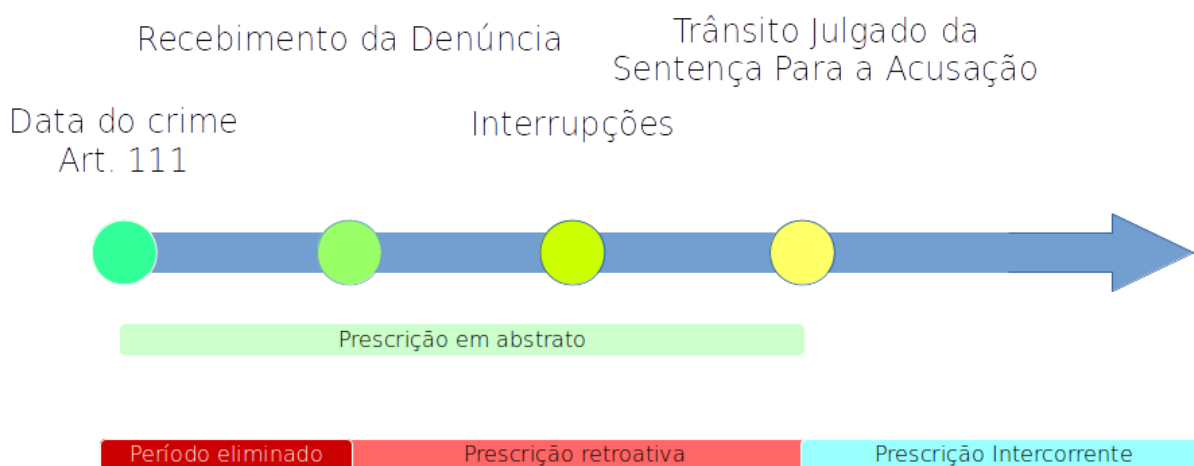


Figura 6 - Sistema prescricional aprovado na Câmara. Fonte: Produção do próprio autor.

3.2 A tramitação no Senado

No Senado esse projeto de lei foi recebido como Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 19 de 2007 no dia 19/3/2007. Teve como relator o Senador Demóstenes Torres (DEM¹⁵/GO). Sua tramitação foi bem mais rápida que na Câmara, transcorrendo cerca de 7 meses entre o recebimento e a devolução com emenda a Câmara dos Deputados, sendo aprovado apenas na comissão pertinente (Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania) em caráter terminativo.

Mais uma vez o projeto foi visto como moralizador e que visava impedir a impunidade. No parecer apresentado à Comissão o Senador deixa claro este posicionamento:

¹⁴ Para maiores detalhes ver as alterações propostas na lei 11.690/2008.

¹⁵ Em 28 de março de 2007 o então Partido da Frente Liberal(PFL) teve seu nome alterado para Democratas(DEM). Este parecer do Senador Demóstenes foi um dos primeiros com a nova nomenclatura partidária.

A proposta é oportuna e importante. O § 2º do art. 110 do CP, foco principal do PLC nº 19, de 2007, prevê a modalidade retroativa da prescrição, que tem beneficiado muitos réus em razão das incontáveis manobras jurídicas e da morosidade do Poder Judiciário. A título de ilustração, suponha-se que o réu esteja sendo acusado por crime de roubo, cuja pena privativa de liberdade é de reclusão de 4 a 10 anos. Antes da sentença, a prescrição pela pena em abstrato é de 16 anos (art. 109, II, do CP). Se o juiz, ao sentenciar, fixar a pena em 4 anos, e o Ministério Público não apelar para aumentá-la, o prazo prescricional passa a ser de 8 (oito) anos (art. 109, IV, do CP). Ocorrerá a chamada prescrição retroativa se entre a data do crime e a data do recebimento da denúncia, ou entre tal recebimento e a sentença de 1º grau, houver decorrido 8 anos. Se o processo se alongar no tempo, o réu sequer será preso, e sairá livre antes mesmo do seu fim. É essa possibilidade que o PLC em tela busca excluir de nosso ordenamento jurídico penal. Essa prescrição afasta todos os efeitos penais da condenação, e impede o Estado de executar a pena. (BRASIL, 2007b)

No Senado o texto foi aprovado com uma alteração. O termo inicial da prescrição em concreto seria o do trânsito em julgado da sentença/acórdão para as duas partes e não apenas a da acusação. Na prática a redação aprovada pelo Senado suspenderia a prescrição em concreto enquanto o processo não fosse julgado definitivamente, eliminando a prescrição retroativa. Esta redação é mais lógica do que a que foi posteriormente aprovada, mas violaria alguns direitos fundamentais, como será demonstrado no próximo capítulo.

De acordo com este arranjo existiriam apenas a prescrição em abstrato até a prolação da sentença. A prescrição em concreto só seria utilizada no período após a sentença, no que é chamada de prescrição intercorrente. Este sistema está representado da seguinte maneira na Figura 7:

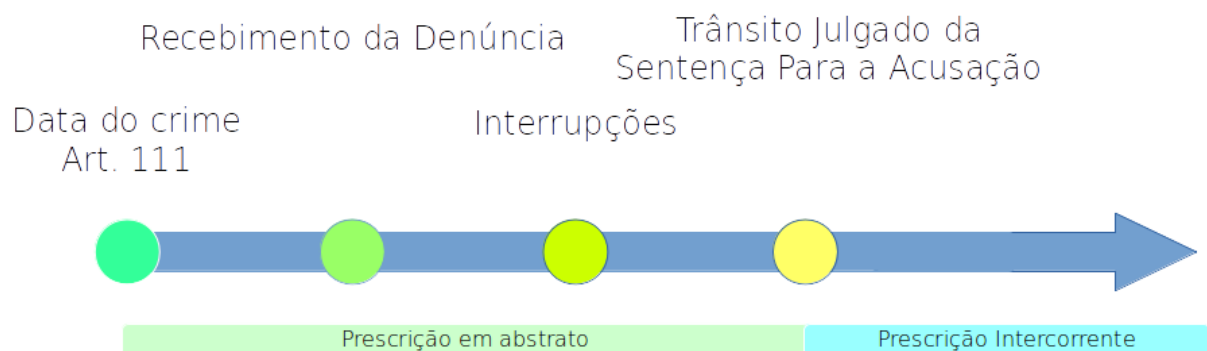


Figura 7 - Sistema prescricional aprovado no Senado. Fonte: Produção do próprio autor.

3.3 Apreciação da Câmara as emendas realizadas no Senado

Como o projeto foi alterado pelo Senado, a Câmara deve se manifestar sobre as emendas realizadas pelos senadores. A única emenda realizada foi considerada inconstitucional pela comissão da Câmara, pois poderia permitir prazos prescricionais excessivamente longos. Por fim o projeto foi aprovado na redação original da Câmara, desconsiderando a emenda realizada pelo Senado Federal.

É peculiar o interesse dos deputados em tomar medidas que eliminem a impunidade, mas em nenhum momento é discutido o porquê muitas vezes ocorria a prescrição que gera a impunidade por eles combatida. No projeto inicial, o autor reconhece que a investigação pode ser muito demorada e, para impedir a prescrição, a proposta é de aumentar o prazo prescricional, mesmo quando isto possivelmente violaria garantia individuais.

É interessante notar que no conflito entre os direitos do investigado com o dever do Estado de promover a investigação e condenação dos crimes praticados, os direitos individuais foram preteridos.

O descompasso com a previsão legal do prazo do inquérito e a prática escancara o tamanho da ineficiência que a Lei nº 12.234 quer mascarar. O Inquérito policial, por exemplo, deveria ser concluído em 30 dias, ou 10 no caso do indiciado estar preso, ou ainda 90 dias nos casos de tráfico de entorpecentes. Mesmo com todos estes prazos, a investigação pré-processual, muitas vezes, dura anos, e nem sempre porque os criminosos são inteligentes e abusam de medidas para ganhar tempo e alcançar a prescrição como afirma o deputado na justificativa. A demora recorrente pode ser um sinal de como o sistema investigativo e judiciário estão sobrecarregados, ou ainda apontar uma falha na estrutura penal brasileira.

Para confrontar os fatos apresentados pelos deputados podem ser consultados os relatórios da Estratégia Nacional de Segurança Pública (ENASP). A ENASP estipulou metas para a elucidação de homicídios e acompanha e divulga relatórios sobre o andamento das metas em todo território nacional. Estes números são interessantes para exemplificar a relativa ineficiência do Estado ao promover a investigação criminal.

Como meta de eficiência, a ENASP propôs que os inquéritos de homicídios dolosos iniciados até 31 de dezembro de 2007 estejam concluídos, e os monitorea, em tempo real¹⁶. Uma breve análise nos números do inqueritômetro revela que houve um avanço considerável na apuração dos homicídios, como demonstrado em seus relatórios, contudo muitos estados ainda apresentam índices de conclusão insatisfatórios, com mais de 11 estados abaixo de 50% na apuração realizada em 2012. Até setembro de 2014 aproximadamente 65% dos inquéritos sobre homicídios do Brasil iniciados até 2007¹⁷ estavam concluídos e apenas 20% dos inquéritos instaurados até 2009 estavam concluídos. Portanto, a maior parte dos homicídios com mais de 5 anos, ou seja, cometidos até 2009, ainda não foram solucionados. Como o ordenamento penal é o mesmo em todo território nacional o fato de alguns estados conseguirem resultados satisfatórios é um sinal de que a falha provavelmente se encontra na organização de alguns estados, pois se o ordenamento fosse realmente deficiente, como afirmam os deputados, seriam esperados resultados semelhantes em todos estados.

Feitas estas considerações sobre o andamento do projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.234/10, no próximo capítulo serão discutidos aspectos constitucionais pertinentes à Lei nº 12.234.

¹⁶ Foi criado uma ferramenta denominada “inqueritômetro” disponível em <http://inqueritometro.cnmp.gov.br/inqueritometro/home.seam> para monitorar o cumprimento da meta em todos os estados

¹⁷ Informação retirada do inqueritômetro

4 Argumentos para inconstitucionalidade

Neste capítulo serão apresentados alguns argumentos que mostram que as alterações do Código Penal trazidas pela Lei nº 12.234 são inconstitucionais. Basicamente, o regime prescricional nos moldes desta lei viola os princípios constitucionais da individualização da pena, da duração razoável do processo além de violar os direitos humanos do acusado e estimular um aparato investigatório ineficiente. Todos estes direitos fundamentais foram atingidos severamente com o intuito de diminuir a impunidade, visto que as garantias individuais e os direitos humanos estão em um conflito com o dever do Estado de punir os infratores penais e com um interesse coletivo de se aplicar as normas penais.

4.1 A violação de garantias fundamentais

A sedimentação dos direitos fundamentais é resultado de um longo processo. De maneira resumida Gonet, (2012) enumera que os direitos humanos têm uma história longa, que tem um marco relevante no acolhimento há muito tempo na cultura ocidental da ideia de uma dignidade única do homem proveniente do cristianismo. Este conceito foi se encorpando nos séculos XVII e XVIII quando se inicia a percepção da primazia do indivíduo sobre o Estado. Nesse período, surgiram a Declaração de Direitos da Virginia, a Declaração francesa, e o Bill of Rights. Juntamente estes diplomas marcam o início da positivação dos direitos humanos.

Ainda hoje, a expressão direitos humanos ou direitos do homem representa um conceito aberto. Norberto Bobbio lembra que esta expressão é tão vaga que acaba levando a definições tautológicas ou outras tão abertas que nada definem. Por este motivo a identificação dos direitos fundamentais implícitos, ou fora do catálogo da Constituição é uma tarefa que exige algum esforço.

No Brasil, diversas decisões do STF reconhecem a existência de direitos fundamentais fora do catálogo expresso do artigo 5º da Constituição. Via de regra, o reconhecimento surge da existência de um vínculo do bem jurídico protegido com valores essenciais ao resguardo da dignidade da pessoa humana (como liberdade, igualdade, segurança, propriedade e vida).

A evolução dos direitos humanos é algo que pode ser percebido na segunda metade do Século XX. Desde a Declaração Universal dos direitos dos Homens, seguiram-se várias convenções internacionais voltadas a positivar direitos humanos. Neste contexto, podemos elencar o famoso Pacto de San Jose da Costa Rica, que é muito lembrado por abolir a prisão civil do depositário infiel, que traz vários preceitos pertinentes a nossa matéria.

A convenção interamericana de direitos humanos, também chamada de pacto de San Jose da Costa Rica, entrou em vigor no território nacional em 1992 e apenas foram feitas ressalvas sobre o direito automático de visitas e inspeções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nela são reconhecidos direitos à vida, liberdade, integridade pessoal entre outros e também trata de garantias judiciais aos direitos humanos.

Constam nesse pacto os seguintes dispositivos que garantem a duração razoável ao processo e que são violados pela Lei nº 12.234/2010, ao permitir que a investigação corra por um longo período sem ocorrer a prescrição:

ARTIGO 7

Direito à Liberdade Pessoal

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação pena formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
 - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (BRASIL, 1992, grifo nosso)

O princípio da razoável duração do processo também é previsto no artigo 5º da Constituição de 88: “LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”. Entende-se por duração razoável do processo que esse não seja rápido demais, a ponto de prejudicar a preparação da defesa, e nem que se estenda por um período exagerado, uma vez que só o fato de estar sendo processado já estigmatiza o acusado. Além disto, esta dor a pode até ser mais danosa do que a própria pena a ser aplicada.

Ao mesmo tempo em que existe o direito à razoável duração do processo, também existem direito da coletividade de segurança e da aplicação das normas penais. Então a prescrição penal evidencia um conflito, ou uma colisão, de direitos fundamentais. Por um lado a sociedade espera o cumprimento da norma penal e por outro o acusado não pode ficar a disposição da justiça indefinidamente. Nestes casos o entendimento do STF¹⁸ é de que o excesso de prazo de prisão cautelar, quando não atribuível à defesa afronta princípios constitucionais. Neste sentido:

São expressivos os precedentes do Supremo Tribunal Federal que concedem habeas corpus em razão do excesso de prazo da prisão

¹⁸ HC 85.237/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 29-4-2005; HC 87.164/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 29-9-2006

cautelar. O Tribunal tem entendido que o excesso de prazo, quando não atribuível à defesa, mesmo tratando-se de delito hediondo, afronta princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88); devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88); não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/88); e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), impondo-se, nesse caso, ao Poder Judiciário, o imediato relaxamento da prisão cautelar do indiciado ou do réu (MENDES, 2012, p. 505)

Ao eliminar a prescrição retroativa durante o processo existirão dois prazos prescricionais distintos, sendo que somente entre o recebimento da denúncia até a sentença condenatória haveria uma sobreposição entre o prazo em concreto e em abstrato conforme a Figura 8 a seguir:

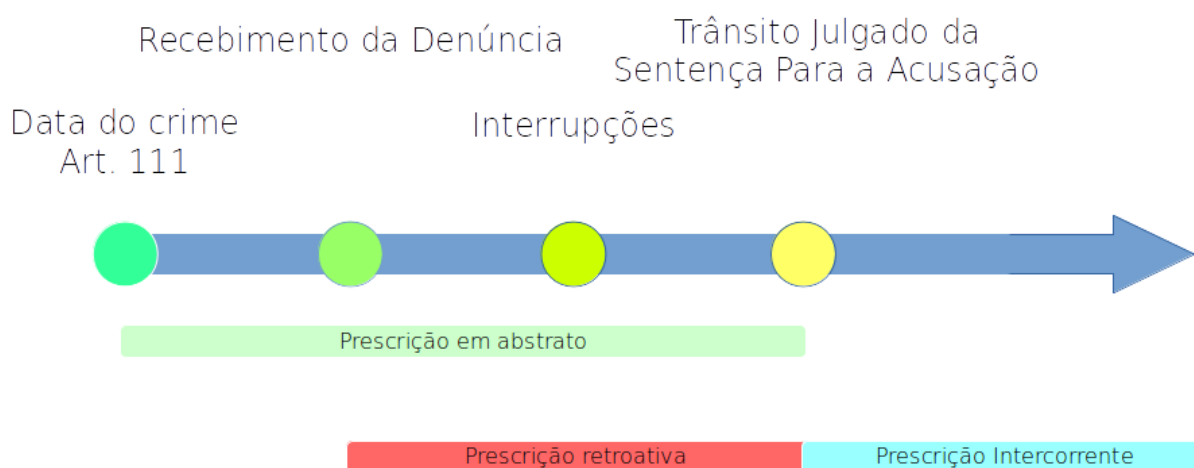


Figura 8 – Sistema prescricional após a Lei nº 12.234/2010. Fonte: Produção do próprio autor.

Como pode ser visto na Figura 8 com a eliminação da prescrição retroativa no período entre a data do crime e o recebimento da denúncia caberá apenas o prazo prescricional em abstrato, que é calculado com base na pena máxima. Isto pode gerar distorções muito graves. Só para citar um exemplo, considere o caso hipotético de homicídio, em que o Ministério Público oferece a denúncia de homicídio, enquanto a defesa apresenta alguma tese de homicídio privilegiado. O júri poderia reconhecer o homicídio privilegiado, neste caso a pena poderia ser aplicada no mínimo de 4 anos. Por outro lado, a pena máxima para a prescrição em abstrato é de vinte anos. Assim, o prazo prescricional em concreto seria de oito enquanto o prazo prescricional em abstrato seria mais do que o dobro deste, sendo de vinte anos. Nesta situação hipotética, o prazo prescricional em cada etapa é representado pela Figura 9 seguinte.

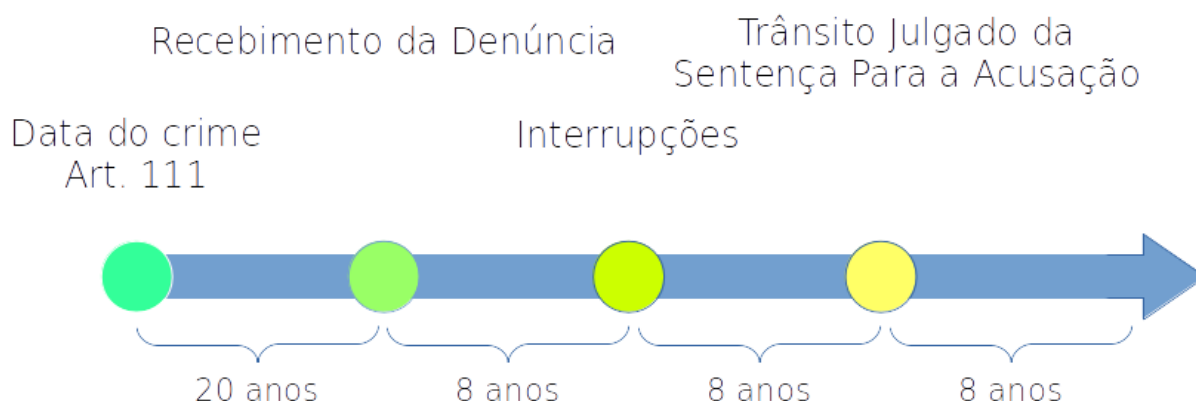


Figura 9 – Prazos prescricionais no caso de um homicídio com pena mínima. Fonte: Produção do próprio autor.

Isto ocorre porque muitos crimes têm uma pena muito elástica, isto é, a diferença entre a pena mínima e a máxima é grande. Enquanto esta abordagem traz uma vantagem na dosimetria da pena há uma discrepância relevante quando se utiliza a pena máxima para a prescrição em abstrato e posteriormente a pena concreta é fixada perto do mínimo legal¹⁹.

4.2 Violação do princípio da individualização da pena

A pena já teve diversas facetas na antiguidade, desde a utilização de penas cruéis até a adoção de penas que passavam da pessoa do acusado. Uma conquista foi a eliminação de arbitrariedades dos juízes com a previsão clara do crime e determinação de limites mínimos e máximos de pena para cada crime. Na era moderna, a individualização da pena pode ser percebida em dois estágios. O primeiro acontece no âmbito do Poder Legislativo, que fixa as práticas consideradas como criminosas e lhes comina uma sanção. No Judiciário cabe ao juiz concretizar o que o Legislativo previu abstratamente e cumprir a sentença condenatória. A ideia da individualização da pena é a de atribuir penas mais justas, sendo mais brandas em situações menos graves e aplicando penas mais graves quando a conduta do acusado a demandar.

¹⁹ Para conhecimento os 5 crimes mais comuns, de acordo com dados do INFOPEN/MJ de 2012 tem penas bastante elásticas a saber: 1º Tráfico (pena de 5 a 15 anos), 2º Roubo simples (pena de 4 a 10 anos), 3º furto qualificado (pena de 2 a 8 anos), 4º furto simples (pena de 1 a 4 anos) e 5º Homicídio qualificado (pena de 12 a 30 anos)

A individualização da pena seria uma medida da culpabilidade do acusado e leva em consideração, entre outros, o crime praticado e sua gravidade, as condições subjetivas do autor, os antecedentes do réu, os motivos e circunstâncias determinantes do crime. A individualização da pena tem uma previsão constitucional no Brasil expressa no art. 5º XLVI: “A lei regulará a individualização da pena e adotará entre outras as seguintes” e de certa maneira também os incisos seguintes, quando se estipula que as condições de cumprimento da pena devem ser diferenciadas de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado entre outros.

A questão da individualização da pena também é muito discutida no Judiciário, chegando muitas vezes ao STF. O Supremo reconhece uma extensão ampla do princípio da individualização da pena e afirma este posicionamento em diversos julgados²⁰. Um momento histórico no STF que fundamentou o entendimento atual sobre este princípio ocorreu no julgamento do HC 82.959. Neste julgamento a tese vencedora reconhece o sistema progressivo e a individualização da pena como direitos e garantias fundamentais. No voto do Min. Gilmar Mendes ficam claros as implicações do reconhecimento da individualização da pena como direito e garantia fundamental.

Em verdade, estou convencido de que a fórmula aberta parece indicar, tal como em relação aos demais comandos constitucionais que remetem a uma intervenção legislativa, que o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não se restringe às simples fixação da pena in abstracto, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão). Em outros termos, a fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito fundamental à individualização da pena. A referência à lei - princípio da reserva legal - explicita tão somente, que esse direito está submetido a uma restrição legal expressa e que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação.

É evidente, porém, que, como todos sabem, que a reserva legal também está submetida a limites. Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de nulificação do direito fundamental submetido à reserva legal por simples decisão legislativa. Este é o cerne da questão. Se se está diante de um direito fundamental à individualização da pena e não de uma mera orientação geral ao legislador - até porque para isso - despidiendia seria a inclusão do dispositivo no elenco dos direitos fundamentais - então há que se

²⁰ Por exemplo HC 82959 / SP, HC 120145 AgR / SP, HC 118176 / RJ, HC 118389 / SP

cogitar do limite à ação do legislador na espécie. (BRASIL, 2006, Não paginado)

Logo, uma vez reconhecido que a individualização da pena é um direito fundamental, este direito não pode ser excluído em nenhuma etapa da individualização (Legislativa e Judiciária, sendo esta última subdividida em judicial e executória).

A prescrição guarda um paralelo importante com a pena no direito penal, pois é definida de acordo com a pena aplicada, seja a pena máxima na prescrição em abstrato, seja a pena individualizada no caso concreto. Segundo Bitencourt (2011, p. 990): “Na realidade, a não individualização dos prazos prescricionais tanto quanto a não individualização da pena configuram resposta desproporcional ao equiparar infrações graves e leves.” Deste modo os prazos prescricionais devem ser adequados à gravidade do crime cometido. Esta individualização ocorre quando é utilizada a pena concreta na prescrição retroativa. A eliminação da prescrição retroativa nas datas anteriores à denúncia, devendo ser aplicada neste período apenas a prescrição em abstrato, tida com base na pena máxima, viola o princípio da individualização da pena. Pois neste período só valerá a prescrição em abstrato, sem se levar em consideração as circunstâncias individuais do réu.

Para exemplificar, como a ausência da prescrição retroativa causa distorções que prejudicam a individualização da pena considere dois casos de homicídio simples (pena de seis a vinte anos), em que a defesa levanta a tese de homicídio privilegiado. Em um caso a tese é acolhida pelo júri e a pena é fixada no mínimo legal de quatro anos. No outro a tese é rejeitada e por circunstâncias do caso o juiz fixa a pena, fundamentadamente próximo ao máximo, como por exemplo, em quinze anos. Aplicando-se os prazos prescricionais levando em consideração a pena em concreto, no primeiro caso a prescrição ocorrerá em oito anos, enquanto no segundo ocorrerá em vinte anos. Mas, se a prescrição retroativa só for aplicada a partir da denúncia, no período entre o crime e a denúncia será aplicada apenas a prescrição em abstrato. Mesmo tendo praticado um crime menos grave o prazo prescricional será o mesmo.

Neste caso os prazos prescricionais serão conforme a Figura 10:

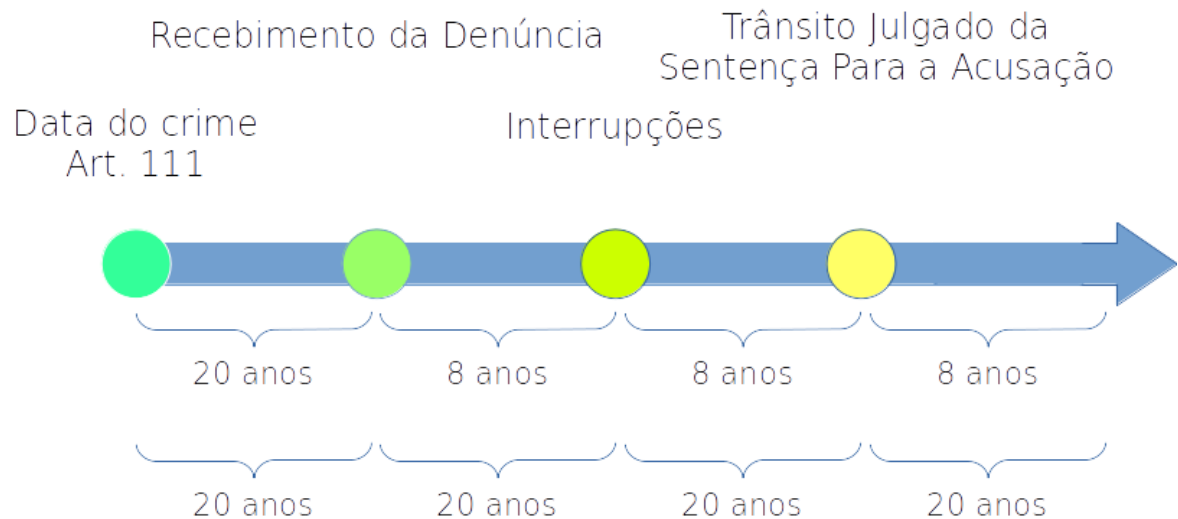


Figura 10 – Comparação entre os prazos prescricionais com e sem a prescrição retroativa, no caso de um homicídio com pena mínima. Fonte: Produção do próprio autor.

4.3 Violação ao princípio da isonomia

O princípio da isonomia refere-se à igualdade que a lei de tratar os cidadãos. No grego, isonomia significa literalmente lei igual (isso representa igual, como no famoso triângulo isósceles que tem dois lados iguais, e nomia traz a ideia de lei, norma, como em autonomia, que seria criar as próprias regras). Historicamente, o conceito de isonomia passou por diversas transformações. Uma das mais importantes foi a passagem da ideia de uma igualdade formal a uma igualdade material.

A igualdade formal, grosso modo, considera que todos os indivíduos devem ser tratados igualmente perante a lei. Já pelo prisma da igualdade material as ações do Estado visariam eliminar as diferenças, sendo possível que indivíduos em situações desiguais recebam tratamento desigual, traduzido pelo aforismo *tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade*. Nas palavras de Ives Gandra:

O direito à igualdade alberga tradicionalmente duas vertentes:

- a) a igualdade de oportunidades, que se baseia na igualdade perante a lei, garantindo a todos o mesmo tratamento (vertente especialmente desenvolvida a partir da Revolução Francesa, que buscou combater os privilégios da nobreza);
- b) a igualdade de resultados, que se baseia na busca de um igualitarismo absoluto (vertente desenvolvida a partir da Revolução Comunista na Rússia, que almeja uma sociedade sem classes, onde todos tenham as mesmas condições de vida, qualquer que seja a

sua contribuição, na esteira do pensamento marxista: “de cada um segundo a sua capacidade; a cada um segundo a sua necessidade”). O princípio da isonomia, que conforma o direito de igualdade como direito fundamental, basicamente em sua vertente de igualdade de oportunidades, expressa-se pela tradicional expressão: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades. Isso significa que a desigualdade de tratamento legal deve ter um elemento de discriminação com fundamento racional, ou seja, que se justifique racionalmente. (MARTINS, 2012, p. 461)

Podemos ver este princípio em diversos dispositivos constitucionais. Para enumerar alguns dispositivos o inciso IV do Art 3º IV e Art5º²¹. O reconhecimento de que pessoas em situações desiguais devem receber tratamento desigual também é pacífico no Supremo. Neste sentido existem os seguintes julgamentos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 77 DA LEI FEDERAL N. 9.504/97. PROIBIÇÃO IMPOSTA AOS CANDIDATOS A CARGOS DO PODER EXECUTIVO REFERENTE À PARTICIPAÇÃO EM INAUGURAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS NOS TRÊS MESES QUE PRECEDEM O PLEITO ELETIVO. SUJEIÇÃO DO INFRATOR À CASSAÇÃO DO REGISTRO DA CANDIDATURA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ARTIGO 50, CAPUT E INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA.

1. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Precedentes.
2. O preceito inscrito no artigo 77 da Lei federal n. 9.504 visa a coibir abusos, conferindo igualdade de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no artigo 14, § 9º, da Constituição do Brasil.
3. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia improcede. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim **de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais.**
4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.
5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

²¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

(ADI 3.305, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13-9-06)

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA.

1. A FENAFISP não detém legitimidade para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Isto porque, embora o inciso IX do art. 103 da Constituição Federal haja atribuído legitimidade ativa ad causam às entidades sindicais, restringiu essa prerrogativa processual às confederações sindicais. Precedentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. Participação da entidade no processo, na qualidade de amicus curiae.

2. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Presentes, no caso, a urgência e relevância dos temas versados na Medida Provisória nº 213/2004. 3. A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade.

4. A Lei nº 11.096/2005 não laborou no campo material reservado à lei complementar. Tratou, tão-somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado.

5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade.

6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social.

7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, verbi gratia, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o

ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.

8. O PROUNI é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170).

9. O art. 9º da Lei nº 11.096/2005 não desrespeita o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, porque a matéria nele (no art. 9º) versada não é de natureza penal, mas, sim, administrativa. Trata-se das únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelos estabelecimentos de ensino superior, após a assinatura do termo de adesão ao programa. Sancionamento a cargo do Ministério da Educação, condicionado à abertura de processo administrativo, com total observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI's 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes.

(ADI 3330, Rel. Min Ayres Britto, Julgamento 03/05/2012, grifo nosso)

Então no caso da prescrição retroativa, da maneira trazida pela Lei nº 12.234/10, a utilização de um prazo prescricional igual, com base no máximo da pena, viola o princípio da isonomia de maneira semelhante ao princípio da individualização da pena, pois aplicaria em situações desiguais (o mesmo prazo prescricional), desprezando as condições desiguais (penas diferentes). O prazo prescricional em abstrato é ainda pior porque é tido com base numa pena máxima e prejudica o réu que é condenado em uma pena inferior à máxima, sujeitando-lhe a um prazo prescricional que pode ser superior ao razoável, considerando a sua culpabilidade e sua pena. A violação aconteceria porque aplicaria o mesmo prazo prescricional em situações distintas e até de maneira arbitrária, já que o prazo em abstrato não leva em consideração a medida de culpabilidade.

Sob este aspecto o princípio da individualização da pena pode ser visto como um corolário do princípio da isonomia, já que para a individualização da pena as particularidades de cada réu são levadas em consideração na aplicação da pena e consequentemente tratam de forma desigual os desiguais na medida da desigualdade.

5 A prescrição retroativa no projeto do “Novo Código Penal”

O Código Penal brasileiro data de 1940. Muitas reformas e emendas já o alteraram bastante. Boa parte do sistema atual é fruto de uma extensa revisão que ocorreu em 1984, no entanto muitos projetos já existiram entre 1984 até hoje para atualizar o Código Penal.

É difícil falar como será o próximo Código, isto se ele realmente existirá num futuro próximo. Nesses trinta anos muitos projetos já surgiram e foram substituídos por novos projetos²². Contribui para esta incerteza o fato de que o Legislativo é muito volátil em seus entendimentos. Não é sua característica principal uma uniformidade de opiniões, principalmente se levado em consideração um longo período como o de 1984 até hoje.

O projeto do Novo Código Penal tem autoria do senador Pedro Taques (PDT/MT), foi apresentado em meados de 2012 no Senado e após análise de uma Comissão Especial teve o parecer aprovado em dezembro de 2013. O novo Código busca consolidar as diversas leis penais que estão dispersas no ordenamento jurídico, mas também traz alterações como o aumento da pena em crimes e uma maior dificuldade para a progressão de pena.

Quanto à prescrição, o projeto também altera a forma atual para uma mais grave. No tocante aos prazos prescricionais, não há alteração, são aplicados os mesmos que a Lei nº 12.234/2010 já trouxe ao ordenamento. Foram excluídas as causas de diminuição dos prazos de prescrição atual com base na idade do autor ao tempo do crime e em seu lugar entram hipóteses em que o prazo prescricional é aumentado em um terço (desta maneira o prazo prescricional máximo será de 26 anos e 8 meses):

Aumento do prazo prescricional

Art. 109. Aumenta-se em um terço o prazo prescricional fixado no artigo anterior quando se tratar de crime hediondo, lavagem de capitais, crime contra a Administração Pública ou praticado por associação criminosa, organização criminosa ou milícia, ou, para qualquer crime, no caso de condenado reincidente. (BRASIL, 2012).

²² Para se ter ideia tramitam juntamente com o “Novo Código Penal” (PLS 236/2012) mais de 140 projetos de lei desde 1999 que visam alterar ou elaborar um novo Código Penal

Também é excluída a hipótese da prescrição em concreto e consequentemente, não existirá a figura da prescrição retroativa. A prescrição da pretensão punitiva seria regulada exclusivamente pela pena em abstrato e não existiria após a condenação:

Prescrição da pretensão punitiva

Art. 111. A prescrição da pretensão punitiva será calculada com base na prescrição em abstrato, nos termos do artigo anterior, não se levando em consideração para esse fim a pena efetivamente aplicada no caso concreto.

Parágrafo único. Não fluirá o prazo da prescrição da pretensão punitiva após as decisões do tribunal em sede originária ou recursal ordinária. (BRASIL, 2012).

O sistema prescricional proposto no projeto é mais simples que o atual. Nele o mesmo prazo prescricional é válido durante todo o decurso do crime até o cumprimento da pena, além disso, como o prazo independe da pena concreta já é conhecido desde o início da investigação. No entanto, a esta nova redação se aplicam todas as críticas já enumeradas nesta monografia, já que as alterações são ainda mais danosas aos direitos fundamentais do que as trazidas pela Lei nº 12.234/2010, pois eliminam completamente institutos importantes a ampla defesa e não apenas mitigam como propostos na Lei nº 12.234/2010.

Como ainda é um projeto de lei, a redação pode ser profundamente alterada e até não aprovada.

Apenas para exemplificar, o projeto de lei que gerou a Lei nº 12.234/2010 era bem menos rigoroso do que a proposta atual e foi aprovado com uma redação bem diferente da proposta atual, sendo que as alterações do novo código, no que concerne a prescrição, já foram tidas como inconstitucionais pelo próprio legislativo na análise do projeto de lei que deu origem a Lei nº 12.234/2010.

6 Conclusão

O presente trabalho procurou demonstrar que a prescrição retroativa, como delineada pelo STF e positivada na reforma do Código Penal de 1984 é uma garantia direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a duração razoável do processo e da individualização da pena. Portanto, é uma importante conquista.

Foi demonstrado no capítulo 2 que a prescrição, inclusive a prescrição penal é um direito fundamental.

No capítulo 3, foi descrito como foi o tramite do projeto de lei que originou a Lei nº 12.234/10 inclusive com a apresentação de dados oficiais que refutam algum dos argumentos trazidos pelos deputados e senadores.

No capítulo 4, é feita uma análise da constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei nº 12.234/10 em que a inconstitucionalidade da referida lei é constatada sob a violação da dos direitos humanos, do direito a razoável duração do processo, do princípio da individualização da pena e do princípio da isonomia.

No capítulo 5, é feita uma breve análise da atual proposta legislativa da reforma do Código Penal, em que é verificado que todos argumentos aqui tratados também são aplicáveis atual proposta, pois nela o instituto da prescrição sofre ainda mais limitações.

No manual de um julgamento justo, disponibilizado pela Anistia Internacional um dos elementos de um julgamento justo é a conclusão do processo no tempo adequado:

The authorities have a duty to expedite proceedings. If they fail to advance the proceeding at any stage due to neglect, allow the investigation and proceedings to stagnate or if they take an excessive time to complete specific measures, the time will be deemed unreasonable. Similarly, if the criminal justice system itself inhibits the speedy conclusion of trials, the right to trial within a reasonable time may be violated. (AMNESTY INTERNATIONAL, 2014, p.146)

A prescrição no sistema penal é um instituto que garante os direitos do acusado. Uma garantia para que o processo e a investigação não se estendam indefinidamente.

A duração razoável do processo deve ser entendida de acordo com a complexidade do caso, da natureza do crime e do tipo de investigação necessária para elucidação dos fatos. Neste contexto, a utilização de um prazo prescricional individualizado seria mais justo. A utilização da prescrição retroativa é uma maneira de se conseguir esse resultado, ainda que só seja possível sua definição após a prolação da sentença.

A existência da prescrição retroativa é uma garantia para o acusado. Sua eliminação, ainda que parcial, deve ser considerada inconstitucional por violar direitos constitucionais como a duração razoável do processo, o princípio da isonomia e da eficiência além de ser uma violação aos direitos da pessoa humana. A distorção da prescrição como um agente da impunidade prejudica as garantias individuais e mascara a causa da demora que gerou a prescrição.

É preocupante a direção do Legislativo de reduzir conquistas históricas tomando medidas para diminuir a impunidade. No campo do direito penal, questões como a redução da maioria penal ou a eliminação da prescrição já são debatidas no legislativo porque estas são vistas como instrumentos de impunidade e não como direitos individuais. O conflito entre a o direito a liberdade e o dever do Estado de punir condutas criminosas sempre ocorrerá, mas a postura do legislativo, de eliminar direitos individuais para possibilitar o cumprimento da punição, inverte os valores e considera o dever de punir como se este fosse mais necessário e importante do que as garantias individuais. Este posicionamento não é compatível com o Estado Democrático de Direito.

Referências

Amnesty international. **Fair trial manual**. 2.ed. London: Amnesty International Publications, 2014. p. 146. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/info/POL30/002/2014/en>>. Acesso em: 14 de setembro de 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. p. 984, 983, 990, 991, 1002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BRASIL, **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 08 jul. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados Comissão de Constituição e Justiça e de cidadania. **Projeto de Lei nº 1.383**, de 2003 altera os artigos 109 e 110 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=310634&iliname=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+1383/2003>. Acesso em: 08 jul. 2014. p. 5.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Roberto Magalhães. **Parecer às Emendas de Plenário, Projeto de Lei nº 1.383, de 2003**. 2007(a). p.4 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=440767&iliname=PEP+1+CCJC+%3D%3E+PL+1383/2003>. Acesso em 11 de novembro de 2014.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 08 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 82.959-7, Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em : 8 de novembro de 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.234**, de 5 de maio de 2010. Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12234.htm>. Acesso em: 08 jul. 2014.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Parecer nº 252, de 2007**, Projeto de Lei da Câmara nº 19, de 2007(b). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=38359&tp=1>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 236**, de 2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=111516&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 14 de outubro de 2014.

CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 285.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 285.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 93.

DIDIER, Freddie Jr. **Curso de direito processual civil**. 16 ed. Salvador: JusPodium, 2014. v.1. p. 337.

GOLDSCHMIDT, [s.d.] apud: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 123.

GONET, Paulo. Direitos fundamentais em espécie. In: Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, cap. 4.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 13 ed. Niterói: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2012.

KRIELE, 1980, p. 159-160, apud: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 496.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 980.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1. p. 461.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 504, 505.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 548.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.